

Roj: STS 7981/2011
Id Cendoj: 28079110012011100782
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 438/2009
Nº de Resolución: 842/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Oviedo, sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad CUYBAL, S.A., representada por el Procurador D. Antonio M^a. Alvarez-Buylla y Ballesteros; y como parte recurrida, D. Pablo y D^a. Felisa , representados por el Procurador D. Fernando Anaya García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procurador D^a. María Alonso Alvarez, en nombre y representación de D. Pablo y D^a. Felisa , interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Oviedo, sobre reclamación de cantidad, siendo parte demandada la entidad Cuybal Promociones, S.A.; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimándola íntegramente, se declare: - La nulidad de la *cláusula 4^a* por la que se impuso la obligación del pago de la plusvalía a los compradores. - Que dicha cláusula sea anulada por abusivas del contrato de compraventa suscrito entre mis representados y la mercantil demandada. - Se condene a la demandada al pago de la cantidad abonada contra su voluntad por los demandantes de 995,02 # más los intereses legales que se devenguen hasta la resolución judicial definitiva y firme, que se calcula en 100 # sin perjuicio de ulterior cálculo por los daños y perjuicios ocasionados por la imposición de dichas cláusulas. - Se condene a CUYBAL PROMOCIONES, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas."

2.- La Procurador D^a. María Luz García García, en nombre y representación de la entidad Cuybal, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia desestimando la misma, sin hacer expresa imposición de costas.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Oviedo, dictó Sentencia con fecha 21 de julio de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Alonso Alvarez en nombre y representación de Don Pablo y Doña Felisa contra la entidad mercantil CUYBAL PROMOCIONES S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas en el suplico de la demanda; sin realizar expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación, contra la anterior resolución por la representación de Don Pablo y Doña Felisa , la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, dictó Sentencia con fecha 30 de diciembre de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Pablo y Doña Felisa contra la sentencia dictada en fecha veintiuno de julio de dos mil ocho por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se REVOCA, acordando en su lugar estimar en parte la demanda

formulada por los citados apelantes contra Cuybal Promociones, S.A.; declarando la nulidad por abusiva de la *cláusula cuarta* del contrato de compraventa referido en la demanda y suscrito entre dichas partes en cuanto al extremo en el que se impuso la obligación a los compradores del pago de la plusvalía, condenado a dicha demandada al reintegro a los actores de los 995,02 euros (novecientos noventa cinco euros con dos céntimos) abonados por tal concepto, con los intereses legales desde la interpelación judicial. Todo ello sin expresa condena en cuanto a las costas de esta alzada, ni de las de la primera instancia, pronunciamiento éste en el que se confirma la sentencia recurrida."

TERCERO.- El Procurador D^a. María Luz García García, en nombre y representación de la entidad Cuybal, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 30 de diciembre de 2008 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO.-** Se alega infracción por inaplicación del *art. 1455 del Código Civil* en relación con el *art. 1255 y 1091* del mismo Cuerpo Legal. **SEGUNDO.-** Se denuncia indebida aplicación del *art. 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios* en relación con la *Disposición Adicional Primera, apartado 22* , en la redacción vigente al tiempo de perfección y consumación del contrato (anterior a la entrada en vigor de la *Ley 47/2006, de 29 de diciembre*) y existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 24 de febrero de 2009, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad CUYBAL, S.A., representada por el Procurador D. Antonio M^a. Alvarez-Buylla y Ballesteros; y como parte recurrida, D. Pablo y D^a. Felisa , representados por el Procurador D. Fernando Anaya García.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 18 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de CUYBAL S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 30 de diciembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Oviedo -Sección 5^a-, en el rollo de apelación nº 438/2008 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1551/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo .".

SEPTIMO.- Dado traslado, el procurador D. Fernando Anaya García, en nombre y representación de D. Pablo y D^a. Felisa , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2011, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus **Corbal** Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la validez o nulidad por abusiva de una cláusula incorporada a un contrato de compraventa de vivienda de la que se deriva para los compradores la obligación, que a falta de pacto correspondería a la parte vendedora, de pagar el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos (impuesto denominado de plusvalía). El comprador tiene el carácter de consumidor, y la legislación al tiempo de la venta era la anterior a la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores* , constituida, como básica, por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, *Ley 26/1984, de 19 de julio* , modificada por la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* .

Por Dn. Pablo y Dña. Felisa se dedujo *demand*a contra la entidad CUYBAL PROMOCIONES, S.A. solicitando se declare la nulidad de la *cláusula 4^a* del contrato de compraventa celebrado entre las partes, relativa a la imposición a los actores compradores de la obligación de pago del impuesto de plusvalía por calificarla de abusiva, y asimismo interesa la condena de la demanda a devolver a los demandantes la cantidad de 995,02 euros, pagados por los adquirentes de la finca, con los intereses legales, e indemnización de daños y perjuicios.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 2 de Oviedo el 21 de julio de 2008, en el procedimiento ordinario número 1551 de 2007 , desestimó la demanda y absolvió a los demandados sin hacer especial imposición de costas. En el fundamento de derecho segundo establece como hechos probados los siguientes: «En fecha 10 de septiembre de 2001 se suscribió contrato privado entre las partes respecto a la adquisición de una vivienda, plaza de garaje y trastero en planta baja. En la estipulación duodécima se

establecía que "todos los gastos e impuestos que pudieran derivarse de este documento y el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, honorarios de matriz, registro de la propiedad, impuesto municipal sobre el incremento sobre el valor de los terrenos, aunque éste sea liquidado a nombre de la sociedad vendedora, los gastos de subrogación en el préstamo y cancelación del mismo sobre la vivienda transmitida y los intereses que éste devengue sobre el momento en que sea requerido para su entrega, así como lo que a la citada vivienda corresponda desde entonces por contribuciones, arbitrios, impuestos, pólizas de seguros, etc., son de la exclusiva cuenta de los compradores, quienes facultan a la sociedad vendedora para pagar los intereses y demás exacciones que correspondan a la vivienda vendida en tanto no esté directamente subrogado en ellas, en cuyo caso los compradores reintegrarán lo adelantado cuando sean requeridos para ello por la sociedad vendedora" (doc. núm. 2). En fecha 4 de junio de 2003 se elevó a escritura pública la compraventa, en cuya *cláusula 4ª* se recoge literalmente el contenido de la *cláusula antes expuesta (doc. núm. 4 demanda)*. Con fecha 4 de julio de 2006 se abona por los demandantes la cantidad giraba por el Ayuntamiento en concepto de liquidación del impuesto de plusvalía por importe de 995,02 euros (doc. núm. 5 y 6 demanda)». Y en el fundamento jurídico cuarto se recoge la "ratio decidendi" del fallo desestimatorio que se resume en que el contrato se consumó con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre*, de mejora de protección de los consumidores y usuarios, la cual no tiene efecto retroactivo (*art. 2.3 CC*).

La Sentencia dictada el 30 de diciembre de 2008 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, Rollo de apelación número 438 de 2008, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dn. Pablo y Dña. Felisa, y, con revocación en la misma medida de la resolución recurrida, acuerda estimar en parte la demanda formulada por los citados apelantes contra Cuybal Promociones S.A., y declara la nulidad por abusiva de la *cláusula cuarta* del contrato de compraventa referido en la demanda y suscrito entre dichas partes en cuanto al extremo en el que se impuso la obligación a los compradores del pago de la plusvalía, condenado a dicho demandada al reintegro a los actores de los 995,02 euros (novecientos noventa cinco euros con dos céntimos) abonados por tal concepto, con los intereses legales desde la interpelación judicial.

La "ratio decidendi" se apoya, desde el punto de vista fáctico, en que: a) «En el caso no se ofreció desde el inicio una completa información a los compradores sobre lo que aquí respecta, si tenemos en cuenta que incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era»; y, b) «La única tesitura para los compradores, que en buena lógica manifestaron su discrepancia como resulta del documento de pago del impuesto, era la de aceptar la condición o desistir de la compra, con los consustanciales inconvenientes, situación que fácilmente se comprende fue extensiva a otros compradores como así quedó acreditado en autos. Esto es, la vendedora impuso el pacto bajo la fórmula "take it or leave it"». Y dicha "ratio decidendi" se fundamenta desde el punto de vista jurídico en la aplicación de los *artículos 10 bis de la LGDC y U (en su redacción al tiempo del contrato)* y 5.3 del *R.D. 515/89*, ponderando como elemento interpretativo la *Ley 44/2006 (modificaciones introducidas en la LCGD y U) -arts. 10 bis 1 y Disp. adicional primera, número 22-*, la cual no se aplica directamente porque no tiene carácter retroactivo.

Por la entidad CUYBAL, S.A. se interpuso *recurso de casación* por interés casacional articulado en dos motivos que fue admitido por Auto de esta Sala de 18 de mayo de 2010.

SEGUNDO.- En el *motivo primero* se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de 9 de julio de 1994, núm. 685, y 18 de abril de 1990, dictada al amparo de la legislación vigente antes de la entrada en vigor de la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, señalándose como preceptos* infringidos los *artículos 1455, 1255 y 1091 del Código Civil*.

El motivo se *desestima* porque el planteamiento es ajeno al tema objeto de debate. Y esto es así porque la sentencia recurrida no niega la doctrina jurisprudencial que, con base en los *artículos 1255 y 1455 del Código Civil*, reconoce la validez del pacto que deriva el pago del Impuesto de Plus Valía del vendedor al comprador. Lo que la sentencia recurrida sienta es que dicho pacto es nulo cuando, por abusivo, contradice la normativa de consumidores -*arts. 10 bis de la LGDC y U, y 5.3 del Rd. 515/89*, como Derecho vigente al tiempo del contrato-. Y esta postura no es contraria a las Sentencias que se citan, ni a otras varias que aluden a cuestiones relacionadas con el pacto (SS. 22 de abril de 1964, 18 de abril de 1990 -hay dos de la misma fecha-, 18 de octubre de 1993, 20 de junio de 1994, 18 de mayo de 1995). Por lo demás, no se cuestiona en el motivo la prevalencia de la normativa específica en sede de consumidores, con independencia de si el supuesto controvertido es subsumible en alguna prohibición, lo que es tema del segundo motivo.

Por consiguiente, una cosa es la validez del pacto con carácter general (*art. 1255 y 1455 CC*) y otra distinta su posible nulidad a la luz de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores; y por todo lo razonado el motivo decae.

TERCERO.- En el *segundo motivo* se alega indebida aplicación del *art. 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios* en relación con su *Disposición Adicional Primera, Apartado 22* , en la redacción vigente al tiempo de la perfección y consumación (anterior a la entrada en vigor de *Ley 44/2006, de 29 de diciembre*) y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

En primer lugar debe hacerse referencia a la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre* en relación con la previsión que recoge en relación con los Impuestos. Esta Ley, denominada de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificó, en el *artículo 1, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, e incorporó a la *Disposición adicional primera, apartado V. Otras, número 22, letra c), como cláusula abusiva* a los efectos del *art. 10 bis* "la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional" (actualmente recogida en el *art. 89 del texto refundido de la LGDC y U* y otras leyes complementarias aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*). Efectivamente, esta Ley de refuerzo y mejora de la protección de los consumidores no tiene carácter retroactivo, por lo que su aplicación habría sido contraria a la prohibición de la retroactividad del *art. 2.3 del Código Civil* . Sin embargo, la sentencia recurrida no la aplica directamente, ni siquiera le reconoce carácter interpretativo, que obviamente no tiene, y tan es así, que, de haberlo entendido de otro modo, debería haberla aplicado directamente, pues la prohibición de retroactividad del *art. 2.3 CC* no afecta a las normas interpretativas o aclaratorias, como tiene reiterado la doctrina de esta Sala. Lo que sí hace la Audiencia es considerar a dicha Ley -en su concreto precepto contemplado- como un "elemento interpretativo", pero se trata de una apreciación inane para la casación ya que no trasciende a "la ratio decidendi", la cual, como único fundamento decisivo del fallo, es la que cabe discutir en el recurso extraordinario, el cual no se da, como viene reiterando este Tribunal, contra los argumentos "obiter", a mayor abundamiento, o de refuerzo dialéctico.

Como consecuencia de lo expuesto, el tema nuclear de la controversia queda reducido a determinar si conforme a la legislación de consumidores vigente al tiempo del contrato debe calificarse o no de abusiva la cláusula de un contrato de compraventa en la que se establece que el comprador, cuya condición de consumidor no se discute, tiene la obligación de pagar el impuesto de plus valía.

El precepto relevante para decidir el asunto es el del párrafo primero del apartado 1 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio*, redactado por la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* , en el que se establece que "se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

La Sentencia recurrida considera subsumible la cláusula en la norma, y tal apreciación no resulta desvirtuada en casación. El primero de los requisitos (estipulación no negociada individualmente) se deduce de la apreciación relativa a que los compradores manifestaron su discrepancia y que no les quedó más remedio que aceptar la condición o desistir de la compra, con los consustanciales inconvenientes, lo que revela que se trató de una cláusula impuesta; tanto más si se tiene en cuenta que difícilmente cabría imaginar una negociación individual al hallarse inserta en una pluralidad de contratos celebrados por la entidad demandada CUYBAL PROMOCIONES, S.A. La falta de buena fe se manifiesta en que, además de no ofrecer el vendedor desde el inicio una completa información a los compradores, incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era, lo que supone una conducta no ajustada a la lealtad y confianza exigibles en los tratos, y especialmente en las relaciones en que intervienen un promotor o constructor y un consumidor. Y finalmente es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana -que es el tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título (arts. 105 *Ley Reguladora de las Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, vigente hasta el 10 de marzo de 2004* ; art. 104 del *Texto Refundido de la Ley Reguladora* aprobado por *R.D.Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*)- el sujeto pasivo (arts. 35.1 y 36.1 de la *Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre*) es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor -mayor valor adquirido por el inmueble- y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor.

Por consiguiente al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que limita los derechos de los consumidores recibe la sanción de la nulidad que le impone el *art. 10 bis de la Ley 26/1984* y que convierte

en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata (SS. 30 de marzo de 2002, núm. 277 ; 3 de noviembre de 2006 , núm. 1079); que en el caso se refiere al Impuesto de Plusvalía.

Por lo razonado, el motivo decae.

CUARTO.- Por lo que respecto al planteamiento, que constituyó presupuesto de recurribilidad, de existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, procede señalar que es cierto que en dichos Tribunales se han manifestado diversos criterios en la materia, los que resulta oportuno unificar en los siguientes términos: 1. El pacto incorporado a un contrato de compraventa por el que se establece la obligación de pago del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a cargo del comprador queda sujeto al control de validez con arreglo a la legislación de consumidores entonces vigente; y, 2. La *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores* y Usuarios no puede ser aplicada con carácter retroactivo.

QUINTO.- La desestimación del recurso de casación conlleva la condena en costas de la parte recurrente (*arts. 398.1 y 394.1 LEC*); sin que el hecho de existir jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales pueda justificar la exclusión de la imposición toda vez que los criterios contradictorios no acogidos no resultan relevantes al efecto, dado que el de aplicabilidad directa de la *Ley 44 de 2006, de 29 de diciembre* , llevaría al mismo resultado, y el de aplicabilidad de la doctrina general de los *arts. 1255 y 1455 CC* resulta claramente improcedente cuando sobre el mismo debe de prevalecer la normativa especial en materia de consumidores.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de CUYBAL, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo el 30 de diciembre de 2008, en el Rollo número 438 de 2008 , y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos, con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus **Corbal** Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus **Corbal** Fernandez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.